

UiO • Det juridiske fakultet

Asylbarns rettsstilling – rett til opphold på humanitært grunnlag.

Kandidatnummer: 515

Leveringsfrist: 25.april 2014

Antall ord: 13 551



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Den videre fremstillingen	2
2	RETT TIL OPPHOLD PÅ HUMANITÆRT GRUNNLAG	3
3	HENSYNET TIL BARNETS BESTE	5
3.1	Hva ligger i barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3?	5
3.2	Hvilken betydning har barnets beste i helhetsvurderingen etter §38?	10
3.3	Hva ligger i innvandringsregulerende hensyn?.....	11
3.4	Hva skal være det avgjørende hensyn?	13
3.5	”Barn på flukt” og ettervirkninger	14
3.6	Rt. 2009 s. 1261	18
4	LANGVARIG ULOVLIG OPPHOLD	20
4.1	I hvilken grad kan langvarig ulovlig opphold i Norge gi grunnlag for en oppholdstillatelse etter norsk praksis?	20
5	DOMSTOLENES PRØVINGSRETT.....	23
5.1	Hva kan domstolene prøve?	23
5.2	Rt. 2012 s. 1985	25
5.3	Rt. 2012 s. 2039	31
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	36
7	LITTERATURLISTE	38
7.1	Lover	38
7.2	Forarbeider	38
7.3	Nasjonale dommer	38

7.4	Internasjonale dommer.....	39
7.5	Vedtak og rapporter	39
7.6	Avisartikler	39
7.7	Juridiske artikler.....	40
7.8	Juridisk litteratur	40

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne avhandlingen tar sikte på å redegjøre for de sentrale sidene av forvaltningens og domstolenes behandling av saker om opphold på humanitært grunnlag for lengeværende barn etter utlendingslovens regler. "Asylbarn" er en lite presis betegnelse, men slik begrepet er blitt brukt i den offentlige diskurs tar det sikte på å beskrive barn som alene eller sammen med omsorgsperson har søkt asyl i Norge etter utlendingslovens regler og har fått avslag på dette og heller ikke har fått opphold på noe annet rettslig grunnlag. På tross av avslag er det ikke alltid slik at barnefamilien reiser tilbake til opprinnelseslandet. Og selv om familiens opphold i Norge etter avslaget er å anse som ulovlig, hindrer ikke dette barnet eller foreldrene fra å knytte bånd til sine omgivelser og medmennesker. Barn som kommer til Norge med sin familie i ung alder eller blir født her av asylsøkende foreldre er sjelden klar over omstendigheten rundt deres opphold og kan nødig bebreides for sine foreldres valg. Etter en viss tid vil imidlertid barnets tilknytning til Norge være så sterk at det oppfyller lovens vilkår og oppholdstillatelse kan innvilges. Norge har også en internasjonal forpliktelse til å legge barnets beste til grunn som et grunnleggende hensyn i slike saker. På den andre siden skal ikke asylsøkere uten et reelt beskyttelsesbehov eller annet grunnlag for opphold kunne skape seg en tilknytning til Norge basert på en manglende etterlevelse av statens vedtak eller direkte illojal oppførsel. Dette vil undergrave asylinstituttet og redusere mulighetene for å drive en bærekraftig innvandringspolitikk.

Slik som utlendingsforvaltningens praksis har blitt fremstilt i senere tid synes det å foreligge noe uklarhet om hvilke hensyn som skal være det fremtredende i slike saker. Siden forvaltningens praksis vil være gjenstand for politiske føringer gjennom generelle retningslinjer vil endringer i sammensetningen på Stortinget påvirke hvordan forvaltningen bedriver sitt virke. Med dette som bakgrunn vil avhandlingen prøve å gjøre rede for gjeldende rett på området.

1.2 Aktualitet

De siste par årene har slike saker fått stor medieoppmerksomhet både i de berørte lokalsamfunnene rundt asylbarna og i den nasjonale pressen, som igjen har ført til politisk debatt og høyere bevissthet rundt disse barnas rettsstilling i vårt samfunn. Årsaken til at dette rettsområdet er preget av sterke følelser kan være at selv om barnefamilier som velger å ikke etterleve

forvaltningens vedtak bryter med norsk lov så gjøres dette ut i fra et ønske om en trygg og god fremtid for seg selv og sine barn. En lite fleksibel innvandringspolitikk overfor sårbare grupper og særlig barn kan dermed bryte med verdier som medmenneskelighet og solidaritet som vi ønsker å identifisere oss med.

1.3 Avgrensninger

Fremstillingen vil sentrere seg rundt lengeværende barns rett til opphold på humanitært grunnlag etter bestemmelsene i utlendingsloven. Asylinstituttets kjerne om beskyttelse for mennesker fra forfølgelse faller utenfor denne avhandlingen, og heller ikke rettsstillingen til enslig mindreårige asylsøkere vil bli behandlet i det følgende.

1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingen er delt opp i fire hoveddeler. Del 1 tar for seg utlendingslovens adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag, med en fremstilling av sentrale elementer i denne vurderingen. Del 2 belyser ”barnets beste” som et grunnleggende hensyn med internasjonal forankring, motstående hensyn som gjør seg gjeldende og hvordan prinsippet blir behandlet av domstolene. Del 3 tar for seg i hvilken grad langvarig ulovlig opphold i riket kan gi grunnlag for oppholdstillatelse etter norsk praksis. Fremstillingens del 4 omhandler domstolenes prøvingsrett og analyserer sentrale relevante dommer på feltet samt redegjør for syn som blir fremmet i disse med medfølgende begrunnelser. Avslutningsvis gjøres et forsøk på å samle trådene med noen oppsummerende bemerkninger.

2 Rett til opphold på humanitært grunnlag

Utlendingslovens §38 viderefører bestemmelsen fra den tidligere lovs §8 annet ledd og gir forvaltningen mulighet til å innvilge oppholdstillatelse til en utlending dersom det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller en ”særlig tilknytning til riket”. Slikt opphold, på humanitært grunnlag, faller utenfor lovens rene beskyttelsesregler i kapittel 4 og utenfor de ordinære reglene om familieinnvandring i kapittel 6. Ved avgjørelsen av om det foreligger grunnlag for oppholdstillatelse etter utl. §38 må det foretas en bred skjønnsmessig helhetsvurdering av den konkrete forelagte sak.

I forarbeidene til loven av 2008, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), fremgår det av spesialmerknadene til lovens kapittel 5 fra s. 420 at ”§38 vil få sin største praktiske betydning i saker der det er søkt om asyl, men hvor det ikke foreligger et beskyttelsesbehov som gir grunnlag for anerkjennelse som flyktning”. Dette er også fastsatt i utl. §28 syvende ledd som pålegger forvaltningen etter eget tiltak og vurdere om utlendingen, som har fått avslag på sin asylsøknad, skal gis opphold etter lovens §38. Ved forvaltningens avgjørelser er det en rekke menneskelige hensyn som må tas i betraktning, og siden det hverken er mulig eller praktisk å gi detaljert lov- og forskriftsregulering på dette feltet er det behov for en relativt vid skjønnbestemmelse. Behovet for en slikt bestemmelse kommer klart til uttrykk da en praksis basert på lovgivning kan medføre at vi får en unntaksbestemmelse som stenger for muligheten til å legge avgjørende vekt på individuelle forhold. Samtidig som bestemmelsen på den andre siden ikke bør utformes slik at den blir rettslig forpliktende. Utgangspunktet vil videre være at det innenfor rammene av Norges internasjonale forpliktelser er et politisk spørsmål om hvor mange som skal gis opphold på humanitært grunnlag. Slike politiske avveininger finner vi blant annet i nevnte forarbeider, hvor lovgiver slår fast at Norge må tilstrebe å føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings og flyktningpolitikk og ta særlige hensyn til sårbare grupper og barn. Det påpekes videre at antallet oppholdstillatelser på humanitært grunnlag ikke skal øke i vesentlig grad, da Norges bidrag til vanskeligstilte i befolkningsgrupper primært skal avhjelpes gjennom bistandspolitikken. Samtidig med dette skal praksisen harmoniseres i størst mulig grad med de øvrige europeiske landene for å unngå en særnorsk praksis med uforutsette konsekvenser¹.

¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 152

Utl. §38 er ikke en rettighetsbestemmelse, dette følger av uttrykket ”kan” i paragrafens første ledd, den gir ikke rett til oppholdstillatelse hvis lovens vilkår (sterke menneskelige hensyn eller en særlig tilknytning til riket) er oppfylt, men avgjørelsen beror derimot på forvaltningens skjønn. Denne vurdering vil være delt hvor forvaltningen først avgjør om det foreligger tilstrekkelig humanitære hensyn for så å veie disse opp mot eventuelle innvandringsregulerende hensyn.

Ved avgjørelsen av om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” må det tas utgangspunkt i §38 annet ledd som sier at det ved en totalvurdering av saken skal legges vekt på om utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, om det foreligger tvingende helsemessige forhold, sosiale eller humanitære forhold og om utlendingen har vært offer for menneskehandel. I juridisk teori deles momentene i to hovedkategorier: individuelle forhold ved søkeren og generelle forhold i hjemlandet². De individuelle forholdene omfatter utlendingens alder, kjønn, helsetilstand, familie og nettverk i hjemlandet og tilknytning til Norge. Generelle forhold som er relevante fra hjemlandet er omfanget av voldshandlinger, diskriminering, trakassering, sosial nød, fattigdom, mangel på arbeid, bolig og helsetjenester. En samlet vurdering av blant annet disse momentene vil avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn som taler for om det kan innvilges oppholdstillatelse.

Det kan også gis oppholdstillatelse på humanitært grunnlag dersom utlendingen har en ”særlig tilknytning til riket”, jf. utl. §38 første ledd. Vurdering av søkerens tilknytning til riket faller inn under hvorvidt det foreligger ”sterke menneskelige hensyn”, men oppstilles også som et eget grunnlag for innvilgelse av oppholdstillatelse. Lovgiver har i forarbeidene begrunnet dette med at i noen tilfeller kan tilknytningen alene være tilstrekkelig for å innvilge opphold³. Et eksempel som blir fremhevet er når en utlending tidligere har vært norsk statsborger og har mange års opphold i riket og på dette grunnlag bør anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til riket uavhengig om det foreligger andre sterke menneskelige hensyn.

² Lærebok i utlendingsrett (2013) s. 318

³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.153

Hvis forvaltningen etter en samlet vurdering kommer frem til at det kan innvilges opphold på humanitært grunnlag, åpner utl.§38 fjerde ledd at dette kan veies opp mot innvandringsregulerende hensyn. Se punkt 3.3.

3 Hensynet til barnets beste

3.1 Hva ligger i barnets beste etter barnekonvensjonen art. 3?

FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) ble fattet i 1989 og var den første konvensjonen som tok for seg barnets særskilte behov for beskyttelse og omsorg. Konvensjonen var en kodifisering av erklæringen av 1959, Declaration of the Rights of the Child. Ettersom dette er en konvensjon vil den, i motsetning til en erklæring, være rettslig bindende for stater som ratifiserer den. Konvensjonen trådte i kraft 2. september 1990 og ble ratifisert av Norge i 1991. FNs komité for barnets rettigheter overvåker at stater etterfølger konvensjonen. Denne komitéen har i generell kommentar nr. 5 ”General Measures of Implementation” fra 2003 fremhevet i introduksjonen at konvensjonen bygger på fire generelle prinsipper som også skal få betydning ved tolkningen av konvensjonens resterende artikler⁴. De fire prinsippene er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste, artikkel 6 om barnets iboende rett til liv og utvikling, og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt i saker som berører en selv. Det mest nyskapende ved konvensjonen er fokuset på barns rett til deltakelse, som innebærer retten til å fremføre sine meninger og til å bli hørt i saker som angår dem, både politisk, rettslig og i forvaltningen.

Konvensjonens artikkel 3 viser til at en enhver handling foretatt av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer skal ha barnet beste som et grunnleggende hensyn. Ved tolkningen er det rimelig å anta at barnets beste må ses i lys av de resterende bestemmelsene i konvensjonen. Prinsippet er likevel noe abstrakt, da hva som anses som barnets beste vil kunne variere, avhengig av tid og sted og det enkelte barn. Ved anvendelsen av prinsippet må det følgelig tas utgangspunkt i det individuelle barnets behov og forutsetninger. Selv om barnets beste er relativt kan det antas at vurderingen bør bygge på de verdier som er grunnleggende for barnekonvensjonen så vel som FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948, nemlig respekt for enkeltmenneskets ibo-

⁴ Barnekomiteens generelle kommentar nr. 5 (2003) s. 4

ende frihet, menneskeverd og integritet. Konvensjonen pålegger forvaltningen så vel som domstolene å anvende barnets beste-prinsippet aktivt og ta i betraktning hvordan barns interesser påvirkes av deres lover, avgjørelser og praksis.

Barnekonvensjonen har fått bred oppslutning og er ratifisert av alle verdens FN-land utenom USA, Somalia og Sør-Sudan. Ettersom barnets beste er et prinsipp som står sentralt i denne konvensjonen vil det være nærliggende å slutte at det å beskytte og fremme barns interesser anses som et grunnleggende hensyn i de fleste samfunn. Bruk av generelle prinsipper for å beskytte enkeltmenneskets interesser er imidlertid ikke helt uproblematisk, noe Gravers generelle observasjon av prinsipper som rettslige normer påpeker: ”Prinsipper fremstår ofte som temmelig luftige fenomener, som gir risiko for at de reelle beveggrunner bak et standpunkt ikke kommer frem. Prinsipper kan bli så generelle og abstrakte at de savner konkret innhold, og gir dårlig grunnlag for å begrunne et standpunkt. Man kan rett og slett ikke vite hva en rettsanvender har lagt vekt på av hensyn, mothensyn og konkrete omstendigheter når en avgjørelse begrunnes med henvisning til et prinsipp. Argumentasjon ut fra prinsipper kan på dette grunnlag bidra til å tilsløre rettens reelle karakter.”⁵.

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven og Norge har en plikt til å vektlegge barnets interesser. I nasjonal lovgivning kommer prinsippet om barnets beste først og fremst til uttrykk i sammenhenger hvor forholdet mellom barn og foreldre på ulike måter skal reguleres. Det er imidlertid på det rene at barnets beste er et grunnleggende hensyn som skal tillegges vekt i saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, dette fremgår uttrykkelig av utl. §38 tredje ledd. Den konkrete vurderingen i utlendingssaker foretas av forvaltningen ved Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE). UDI er den sentrale etat i utlendingsforvaltningen, og har som ansvar å iverksette innvandring- og asylpolitikken til regjeringen. UNE tjener som et politisk uavhengig ankeorgan og er underlagt Justis- og beredskapsdepartementet, men kan ikke instrueres om lovtolkning, vurderinger eller avgjørelser i enkeltsaker (med unntak for saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn) med mindre slik føring følger av lov eller forskrift. Vurderingen av hva som er barnets beste i en sak kan by på vanskelige avveininger. Forvaltningen har et lovfestet ansvar, etter forvaltningslovens §17, å påse at saken er så godt opplyst

⁵ Graver (2006) s. 220

som mulig før vedtak treffes og de må eventuelt innhente supplerende opplysninger som faglige uttalelser fra helsemyndigheter, skole, barnevernsmyndigheter eller lignende. Det er viktig at de vurderinger som er foretatt kommer klart frem i vedtaket.

Gjennomføring av konvensjonen er basert på en rapporteringsplikt som er pålagt medlemstatene ved ratifikasjonen. Rapportene sendes inn hvert femte år til FNs komite for barnets rettigheter i Genève og består av en utredning hvor landene redegjør for hva de har gjort for å oppfylle konvensjonen de foregående fem årene. Barnekomiteen består av 18 uavhengige eksperter fra 18 ulike medlemsland og ledes for tiden av den norske professoren Kristin Sandberg. Selve sesjonen er en dialog med medlemstatene og med utgangspunkt i denne utarbeider barnekomiteen en rapport med komiteens bekymringer og anbefalinger til den enkelte stat. Ved forrige behandling, av 29. januar 2010, fikk Norge kritikk for behandlingen av mindreårige asylsøkere, ”Komiteen er likevel betenkt over at prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, fortsatt ikke gjelder på alle områder som angår barn, som f.eks. i barnefordelingssaker og utlendingssaker, og at de som er ansvarlige for å ta hensyn til barnets beste, ikke alltid har god nok opplæring til å kunne foreta en grundig vurdering av hva som er til det beste for barnet i hvert enkelt tilfelle”⁶. Komiteen anbefaler Norge å videreføre og styrke arbeidet med å sikre at barnets beste som generelt prinsipp blir innarbeidet i alle lovbestemmelser og rettslige og administrative beslutningsprosesser, herunder i utlendingsforvaltningen. Videre anbefales det at Norge utarbeider retningslinjer for hvordan prinsippet skal anvendes i praksis og sørge for tilstrekkelig opplæring⁷. Komiteens anbefalinger er ikke juridisk bindende, og det står ingen sanksjoner bak anbefalingene, etterlevelse avhenger av et genuint ønske fra medlemstatene om å følge de råd komiteen kommer med. Frem til nylig var barnekonvensjonene den eneste av FNs menneskerettighetskonvensjoner som ikke hadde en ordning med individuell klageadgang. Dette endret seg med den tredje tilleggsprotokollen til FNs barnekonvensjon som ble vedtatt av FNs generalforsamling den 19. desember 2011 og trådte i kraft fra 14. april 2014. Denne protokollen gjør det mulig for enkeltpersoner å klage til FNs barnekomite for brudd på konvensjonen. På tross av stor politisk enighet har Norge per 24. april 2014 ikke ratifisert denne tilleggsprotokollen.

⁶ Barnekonvensjonens femtittredje sesjon (2010) avsnitt 22

⁷ ibid. avsnitt 23

For å sikre en viss grad av forutsigbarhet og likebehandling, på et felt så preget av individuelle og ulikeartede hensyn, publiserte UNE den 19. oktober 2009 et praksisnotat, ”Betydningen av ”barnets beste” i asylsaker”. Paragrafhenvisningene i dette notatet er til den tidligere lov/forskrift, men står like sterkt i anvendelse av den gjeldende utlendingsloven. Dette notatet er et kjent og viktig grunnlagsdokument for saksbehandlere og beslutningsfattere i både UDI og UNE. Praksisnotatet nevner momenter som erfaringsmessig tas i betraktning i saker der barns beste anføres som grunnlag for å gi oppholdstillatelse vedrørende barnefamilier. Forhold som har blitt tillagt vekt ved vurderingen av barnets beste er oppvekstvilkår i Norge og hjemlandet, barnets helsetilstand og behandlingsmuligheter i Norge og hjemlandet, foreldrenes omsorgsevne og barnets tilknytning og integrering. Også betydningen av den sosiale og menneskerettslige situasjonen ved retur vil ha betydning. Notatet tar ikke sikte på å angi uttømmende hensyn som skal tas i betraktning i avgjørelsen av barnets beste. Det må alltid fortas en individuell skjønnsvurdering i den enkelte sak.

Et ankepunkt som ofte blir fremmet er at barnet vil ha bedre oppvekstvilkår i Norge enn i opprinnelseslandet, og at barnets beste i så måte taler for at oppholdstillatelse innvilges. Det fremgår av UNE sitt praksisnotat at dette ikke vil bli ansett som et avgjørende forhold i saken. Stortingsmelding, ”Barn på flukt”, utdyper dette hvor den slår fast at selv om velferds- og sikkerhetssituasjonen ofte er vesentlig bedre i Norge enn hjemlandet til søkeren vil det ikke alltid være til barnets beste å få oppholdstillatelse⁸. Dette blir begrunnet i verdien av å vokse opp der man har sine røtter, nettverk og sterk språklig og kulturell tilhørighet. UNE har i en rekke avgjørelser ment at retur til kjente omgivelser, kultur og språk vil være til barnets beste.

Opprinnelseslandet til asylsøkere flest vil ha et vesentlig dårligere helsetilbud til sin befolkning. På grunn av dette anføres det i utlendingslovens forarbeider at det er nødvendig å føre en restriktiv praksis i forhold til å innvilge oppholdstillatelse på grunnlag av helsemessige forhold⁹. Tradisjonelt har det vært sentralt for vurderingen hvorvidt utlendingen søker oppholdstillatelse utelukkende på grunnlag av de helsemessige forholdene, eller om vedkommende har et legitimt beskyttelsesbehov eller kan anføre humanitære hensyn. I saker hvor det søkes om oppholdstillatelse primært på grunn av forskjell i helsetilbud har praksis vært svært

⁸ St.meld. nr. 27 (2011-2012) s. 45

⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 155

streng. Departementet vurderer dette dithen at en slik praksis er nødvendig ut i fra innvandringsregulerende hensyn og for å beskytte asylinstituttets integritet. Av UNEs praksisnotat fremgår det under punkt 2.2 at oppholdstillatelse i visse tilfeller er gitt til mindreårige, til tross for at anført sykdom ikke er så alvorlig at tilstanden i seg selv tilsier tillatelse. Dette er i tråd med lovens ordlyd i utl. §38 fjerde ledd.

For å sikre at barnets bestes ivaretas må utlendingsforvaltningen ta i betraktning omsorgssituasjonen til barn som rammes av et vedtak. Dette medfører at hvis foreldrene vil ha problemer med å gi barna nødvendig omsorg, på grunn av eksempelvis psykiske helseproblemer eller manglende nettverk i hjemlandet eller andre forhold, vil dette isolert sett tilsi at oppholdstillatelse gis.

I utlendingsforskriften av 15. oktober 2009 er det i §8-5 forankret at barnets tilknytning til riket skal ilegges særlig vekt ved vurderingen av om sterke menneskelige hensyn foreligger. Barnets tilknytning vil også være et relevant moment i vurderingen av hva som er barnets beste. I denne vurderingen kommer flere momenter i betraktning, herunder: botid/oppholdstid, alder, barnehage/skolegang, fritidsaktiviteter, norsk språk og situasjonen for øvrig. I sitt praksisnotat fremhever UNE at enkelte momenter vektlegges i større grad enn andre og særlig en kombinasjon av alder og oppholdstid vil så sentralt i vurderingen. Det viser seg, i samme notat, at barn i skolepliktig alder som har gått på skole i Norge har oftere blitt ansett å ha sterkere tilknytning til riket enn for eksempel yngre barn som fremdeles har sin primære tilknytning til foreldrene og familien. Hvis barnet, gjennom spesielle støtteordninger, er spesielt godt integrert i skole, barnehage eller barneverninstitusjoner vil dette være et hensyn som tas med i den helhetlige vurderingen. Etter forvaltningens praksis er utgangspunktet at et opphold på under tre år ikke skaper tilstrekkelig tilknytning til riket¹⁰. Hvis barnet er i Norge etter endelig avslag fordi foreldrene nekter å returnere kan dette tale mot å innvilge opphold.

Det vil være vanskelig å ilegge barnets beste en konkret mening, ut over upresise honnørord, som vil kunne få universell anvendelse i alle traktatpartners praksis. De overnevnte punktetene gir en oversikt over det som forvaltningen i Norge ser hen til når den skal avgjøre hva som ligger i "barnets beste" etter barnekonvensjonens art 3.

¹⁰ Lærebok i utlendingsrett (2013) s. 328

3.2 Hvilken betydning har barnets beste i helhetsvurderingen etter §38?

Etter lovens ordlyd er det klart at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. En naturlig språklig forståelse tilsier følgelig at det skal veie tungt i favør opphold hvis barnets beste tilsier dette. Motstående hensyn kan i utgangspunktet også illegges like stor eller større vekt enn barnet beste, men det vil kunne være i strid med barnekonvensjonene å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke kan anses å være forsvarlig ut fra en vurdering av hensynet til barnet. Forarbeidene understreker viktigheten av at forvaltningen foretar en grundig og individuell vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan være relevant og at disse vurderingene fremgår tydelig i enkeltvedtaket¹¹.

Stortingsvalget høsten 2013 resulterte i en regjering utgått av Fremskrittspartiet og Høyre. Deres politiske plattform er et resultat av en samarbeidsavtale mellom regjeringspartiene, Venstre og Kristelig Folkeparti. Denne politiske plattformen inneholder endringer i utlendingsfeltet som Regjeringen anser seg budet av. I denne anføres det at barns tilknytning til Norge skal klargjøres gjennom en regelendring som gjør at utlendingsmyndighetene i større grad vektlegger hensynet til hva som er barnefaglig forsvarlig. Etter lange forhandlinger kom samarbeidspartene, den 28. februar 2014 til enighet og presenterte en avtale bestående av gjennomføringspunkter på utlendingsfeltet. I denne avtalen ble det fremmet forslag om endring av den eksisterende utlendingsforskriftens §8-5. Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn skal fremdeles barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt. Forskriftsendringen består i at bestemmelsen utvides og tilføres et annet, tredje og fjerde ledd. I annet ledd oppstilles det at dersom opphold skal gis på grunn av barnets tilknytning til riket må foreldrene som hovedregel ha medvirket til å avklare egent identitet og bidratt til å muliggjøre retur. Tredje ledd ramser opp hensyn som skal vektlegges ved utlendingsmyndighetenes vurdering; barnets alder, barnets behov for stabilitet og kontinuitet, hvor lenge barnet har bodd i Norge, hva slags språk barnet snakker, den fysiske og psykiske helsesituasjonen, barnets forhold til venner og nærmiljø, omsorgssituasjonen i Norge, foreldrenes mulighet til å gi omsorg ved retur og den menneskerettslige situasjonen ved retur. Som vi har sett er dette momenter forvaltningen alle-

¹¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

rede legger vekt på. I retning av å styrke barnets stilling sier det nye fjerde ledd at et avslag etter avveining mot innvandringsregulerende hensyn skal kunne være barnefaglig forsvarlig. Med endringsforslaget hører det i tillegg til en kommentar om at intensjonen i endringen er at barnets beste tillegges større vekt enn i dag. Kritikkk av avtalen har rettet seg mot at det kun er et svært begrenset antall barn som vil oppfylle kriteriene som den foreslåtte forskriftsendringen krever ettersom barnets beste skal vektlegges mer, men hovedregelen er at foreldrene må ha medvirket til å avklare identitet og bidratt til å muliggjøre retur men erfart at dette ikke har vært mulig¹². Partileder i Venstre, Trine Skei Grande, er uenig i at dette kriteriet er så streng at det vil uthule ordningen og minner om at en barnefaglig forsvarlig løsning uansett er å anse som det tyngste hensynet. Hun utdyper videre at de nye hensynene som oppstilles i forskriftsendringen er egnet til å belyse barnets situasjon på en tilfredsstillende måte samt at begrunnelsesplikten i vedtak som berører barn utvides og skal beskrive hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon og dets beste¹³.

I hvor stor grad dette vil medføre en praksisendring i saker vedrørende humanitært opphold for barn gjenstår å se, men en forskriftsendring av slik karakter kan indikere at barnets individuelle omstendigheter og dets beste er hensyn som, etter den nye regjeringens oppfatning, ikke har vært godt nok ivaretatt frem til nå.

3.3 Hva ligger i innvandringsregulerende hensyn?

Utlendingslovens §38 fjerde ledd oppstiller at det, ved vurderingen av om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag skal innvilges, kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn som for eksempel, mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag, de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll og hensynet til respekten for lovens øvrige regler jf. bokstav a-d. Dette angir ikke uttømmende de innvandringsregulerende hensynene. Det er først når vi er utenfor rammen av Norges internasjonale forpliktelser, primært FNs flyktningkonvensjon fra 1951 med tilleggsprotokoll av 1967 og det ikke lenger er snakk om å yte beskyttelse mot eksisterende eller fremtidig fare at det er rom og mulighet for å ta slike innvandringsregulerende hensyn i betraktning. Behovet for slike hensyn blir hjemlet i

¹² Blindheim (2014)

¹³ Grande (2014)

målsetningen om at Norge skal føre en bærekraftig innvandrings- og flyktningpolitikk som ikke skiller seg vesentlig fra tidligere praksis eller praksis i andre europeiske land¹⁴.

Bestemmelsens bokstav a oppstiller at det kan legges vekt på mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag. Disse avledede konsekvensene av et vedtak vil være avgjørende for hvilken vekt innvandringsregulerende hensyn skal ilegges. Med avledede konsekvenser siktes det til det ulovfestede forvaltningsrettslige likhetsprinsippet. I dette ligger at forvaltningen ikke kan utøve sin skjønnsmessige avgjørelsesmyndighet på en måte som innebærer en usaklig forskjellsbehandling. Når det innvilges oppholdstillatelse i ett tilfelle, vil likhetsprinsippet kreve at det også må innvilges oppholdstillatelse i andre tilsvarende tilfeller. Dette medfører at jo mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo mer vekt kan legges på individuelle hensyn og mindre på innvandringsregulerende hensyn. Etter bokstav b kan de samfunnsmessige konsekvensene av å innvilge opphold tas i betraktning. Et slikt hensyn vil være særlig relevant overfor personer som vil utgjøre en stor belastning for helse- og sosialvesenet. Samtidig vil det tjene som hjemmelsgrunnlag for å drive en restriktiv praksis hvor søkeren kan utgjøre en trussel for samfunnet og nekte kriminelle og krigsforbrytere opphold. I bokstav c anføres hensynet til kontroll som et relevant moment. Forarbeidene viser til at det vil være uforholdsmessig ressurskrevende for norske myndigheter å kontrollere om den enkelte søker rent faktisk vil stå uten bolig og arbeid ved retur og hvorvidt søkeren har et sosialt nettverk å returnere til¹⁵. Slike forhold vil imidlertid måtte tillegges vekt når søkeren er spesielt sårbar. Overordnet sett vil det ikke være ønskelig med en praksis som innvilger opphold uten muligheten til å kontrollere og verifisere søkerens opplysninger. Etter bokstav d kan det legges vekt på hensynet til respekten for lovens øvrige regler. Med dette mener lovgiver at det må skilles mellom dem som samarbeider om retur etter å ha fått et endelig negativt vedtak og dem som ikke gjør det. Utgangspunktet er at personer som har fått endelig avslag plikter å reise fra riket innen en fastsatt frist satt av forvaltningen. Dersom denne fristen ikke etterleves, vil fortsatt opphold være i strid med utl. §106 og kan sanksjoneres med straff og utvisning. Det fremgår av forarbeidene at det vil sende motstridene signaler dersom man operer med faste ordninger for at oppholdstillatelse likevel skal kunne gis i denne

¹⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 152

¹⁵ *ibid.* s. 153

typen saker¹⁶. Det vil kunne oppleves som svært urettferdig samtidig som det vil underminere forvaltningens autoritet og det vil ikke være noe incentiv til å samarbeide om egen retur.

3.4 Hva skal være det avgjørende hensyn?

Det vil være avhengig av faktum og omstendigheter i den enkelte sak hva som slår ut som det avgjørende hensyn. Vedtakets gyldighet avhenger av om forvaltningen i tilstrekkelig grad har tatt hensyn til barnets beste i den enkelte sak samt en bred vurdering av alle sakens sider. Er dette gjort gir ikke barnekonvensjonen artikkel 3 noen føringer om hvordan forvaltningen skal avgjøre den enkelte sak. Det vil ikke stride med konvensjonen å legge like stor eller enda større vekt på andre hensyn som for eksempel innvandringsregulerende betraktninger. Som tidligere nevnt vil det være større rom for å legge vekt på individuelle hensyn hvis innvilgelse av oppholdstillatelse har små konsekvenser for andre saker. I slike tilfeller vil hensynet til barnets beste lettere være avgjørende i forhold til innvandringsregulerende hensyn, da det foreligger spesielle forhold knyttet til barnet.

En slik avveining fra forvaltningen side var tydelig i den mye omtalte Nathan-saken¹⁷. Her ble UNEs vedtak om utvisning kjent ugyldig av Oslo tingrett på grunn av manglende synliggjøring av avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. UNE var uenige i denne begrunnelsen og anså sine avgjørelser over barnet (Nathan) og familien til å ligge innenfor det skjønnsrommet UNEs beslutningstakere skal ha. I en kronikk som ble publisert i Bergens tidene den 21.mars 2013, "Derfor anket vi ikke", slår direktøren i UNE fast at de, i sin oppfatning, hadde et godt grunnlag for anke av tingrettsdommen. Den primære årsaken til å ikke anke, blir i kronikken, anført å være at de aktuelle premissene i dommen ikke vil få betydning for andre saker. En rettskraftig dom vil skape presedens, men UNE fant i sin vurdering at dommen var såpass konkret begrunnet at den ikke ville påvirke rettsstillingen ved fremtidige saker.

Som drøftelsen over viser vil det være problematisk og unøyaktig å postulere et bastant svar på hva som vil være det avgjørende hensynet i en avveining mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men forvalt-

¹⁶ ibid. s. 165

¹⁷ TOSLO-2012-81237

ningen må alltid foreta en helhetsvurdering av alle relevante hensyn. Det vil ofte være ulike oppfatninger av hva som bør være det konkrete utfallet i tvilstilfeller.

3.5 ”Barn på flukt” og ettervirkninger

Den forrige regjeringen la frem stortingsmeldingen ”Barn på flukt”. Melding tok for seg situasjonen til enslig mindreårige asylsøkere og til barn som forlater sine hjemland til fordel for Norge med sine foreldre. Formålet med melding var å fremme kunnskap om emnet og bidra til en balansert diskusjon om hvorvidt norsk praksis er i samsvar med internasjonale forpliktelser og lovgivers vilje. I sine innledende bemerkninger slår rapporten fast at det er kompliserte og ulikeartede problemstillinger knyttet til barn og migrasjon¹⁸. Blant disse er hensynet til barnets tilknytning til Norge, ettersom mange barn oppholder seg i Norge uten at verken barnet selv eller familien har fått oppholdstillatelse. Dette hindrer imidlertid ikke at barna knytter seg til sine nye omgivelser og dette er noe som må tas i betraktning i vurdering av om det skal innvilges oppholdstillatelse. Den forrige regjeringen satte seg som hovedfokuset å sikre at barn ikke blir værende lenge i Norge uten oppholdstillatelse. Meldingen gir uttrykk for at regjeringen mente at det gjeldende regelverket om oppholdstillatelse til barn på grunn av tilknytning opparbeidet gjennom lang botid er hensiktsmessig, men at UNE i senere tid og i noen tilfeller legger mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn det som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt, samtidig som praksis ikke fremstår som entydig¹⁹. Regjeringen satte seg som mål med stortingsmeldingen å klargjøre gjeldende utl. §38, og særlig leddet om opphold på grunn av barns tilknytning til Norge. UNE og UDI blir i stortingsmeldingens punkt 1.6 tiltak 3 ”bedt om redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av denne meldingen”.

Stortingsmeldingen er omfattende og tar for seg en helhetlig tilnærming til barnemigrasjon, en rettssikker, rask og barnesensitiv saksbehandling, hensynet til barnets tilknytning til Norge, barn som søker om beskyttelse alene, god ivaretagelse av barn i mottak og en rask og skånsom retur. Det vil i det følgende fokuseres på spørsmål rundt opphold i Norge etter søknad om beskyttelse. Under punkt 6.4.5 i melding foretar departementet en redegjørelse av utfordringene som utlendingsforvaltningen står overfor og utreder behovet for endringer i det eksiste-

¹⁸ St.meld. nr. 27 (2011-2012) s. 10

¹⁹ *ibid.* s. 11

rende regelverket²⁰. Her opprettholdes synet på at dersom en barnefamilie har fått endelig avslag må familien overholde sin plikt til å forlate riket og det er foreldrene som har hovedansvaret i dette henseende. Norske myndigheter plikter å ikke ha ordninger som stiller barnefamilier i en vanskelig situasjon og ved siden dette videreføre og utvikle gode returprogrammer som skal stimulere til frivillig retur, noe som etter deres oppfatning har hatt bevislige resultater. Det slås fast at det vil sende uheldige og motstridende signaler hvis det innføres fast ordninger for at oppholdstillatelse skal gis etter et visst antall år i Norge. Den konkrete skjønnsmessige helhetsvurderingen blir ansett som det mest hensiktsmessige. Meldingen slår videre fast at det er Regjeringens oppfatning at det videre arbeidet med lengeværende barns situasjon burde sentreres rundt at asylsøknader blir behandlet raskt, og at de som får endelig avslag enten reiser hjem frivillig eller blir uttransportert i regi av staten. Regjeringen gjør videre klart at det er nødvendig å sikre en mer enhetlig praksis gjennom en klargjøring av utlendingsforskriftens §8-5, styrke den barnefaglige kompetansen i utlendingsforvaltningen, kartlegge og evaluere situasjonen for barn i mottak og arbeide for raskere bosetting av barnefamilier.

Klargjøring av utlendingsforskriftens §8-5 foretas under punkt 6.4.6 i stortingsmeldingen²¹. Behovet for dette skyldes som nevnt at UNE, i noen tilfeller har lagt mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn tiltenkt. Tydeliggjøringen av hvordan bestemmelsen skal forstås gjelder også ved behandling av omgjøringsanmodninger. Klargjøringen tar utgangspunkt i de sentrale rettssetningene i barnekonvensjonen artikkel 3 og utlendingsforskriften §8-5. Av disse utledes at det i alle sakene må foretas en individuell vurdering hvor barnets alder og samlet oppholdstid i landet står sentralt. Det må tas i betraktning at et barn i skolepliktig alder lettere vil opparbeide seg tilknytning til Norge, lære seg norsk og delta i fritidsaktiviteter. I forvaltningens vurdering skal både oppholdstid som asylsøker og etter endelig avslag telle med. Departementet nyanserer også hva som menes med ”innvandringsregulerende hensyn”. Det slås fast at slike hensyn kan få avgjørende betydning, også i saker som gjelder barn, selv om ”barnets beste” på et visst punkt må gå foran andre hensyn²². Et hensyn som ofte er fremtredende i praksis er hvor barnefamilien har hatt helt eller delvis ulovlig opphold i riket etter endelig avslag. Regjeringen sitt syn på slikt opphold er at det er å betrakte som et mindre tungtveien-

²⁰ ibid. s. 55

²¹ ibid. s. 56

²² ibid. s. 56

de hensyn og slikt opphold bør tillegges enda mindre vekt dersom familien har vært ”tilgjengelige” for hjemsendelse, har samarbeidet og har sannsynliggjort deres identitet. Det anses derimot som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn å aktivt unndra seg muliggjørelse av retur ved bruk av falsk identitet, oppholder seg i skjul og eventuelle brudd på straffeloven fra foreldrenes side²³.

Av konkrete tiltak ønsket Regjeringen at saksbehandlingstid i de fleste asylsaker skal være under ett år og ikke lengere enn 15 måneder. Denne ambisjonen forutsatte at antallet asylsøkere ikke så noen betydelig økning fra ca. 10 000 per år, som var tilfellet da stortingsmeldingen ble lagt frem. Videre fremgår det i stortingsmeldingen at det anses som en prioritert oppgave å motivere personer med endelig avslag til å returnere til hjemlandet. For å oppnå dette foreslo Regjeringen å styrke politiets budsjett med 16 millioner i 2012 for å legge til rette for flere tvangsreturer, ved siden av dette er uklar identitet et hovedproblem i forbindelse med gjennomføring av tvangsmessig retur og for å avhjelpe dette ville Regjeringen vurdere tiltak som kan effektivisere politiets arbeid med identitetsfastsettelse. Stortingsmeldingen trekker også frem behovet for å styrke den barnefaglige kompetansen i alle ledd av forvaltningens arbeid med asylsaker som omfatter barn²⁴.

Ettersom utlendingsforvaltningen ble bedt om å ta klargjøringen til etterretning og redegjøre for sin praksis fulgte UNE opp stortingsmeldingen med brev av 17. juni 2013 titulert, Ett år etter ”Barn på flukt”. Under punkt 2 i dette brevet fremgår det at UNE har brukt stortingsmeldingen som et supplement til lov, forskrift, forarbeider og andre rettskilder. I sin praksis etter fremleggelsen av meldingen, mellom juni 2012 og mai 2013, har UNE vurdert om det er adgang til å omgjøre tidligere avslag og to ordinære klagesaker for 73 barnefamilier som omfatter 135 voksne og 179 barn. I tilfellet av disse 73 familiene har 30 fått innvilget oppholdstillatelse på grunnlag av humanitært grunnlag med henvisning til blant annet barnet tilknytning til riket. Barnets oppholdstid har i disse tilfellene vært omtrent 4,5 år og 1 år på skole. Uten å ha like nøyaktig statistikk for tiden før stortingsmeldingen slår UNE fast at dette er en høyere antall innvilgelser enn tidligere i tilfeller hvor barnet har omtrent samme oppholdstid. I UNE sin egen oppfatning viser avgjørelsene fra den omtalte perioden at det foreligger ”tydeligere

²³ ibid. s. 57

²⁴ ibid. s. 57

formulerte avgjørelser og mer enhetlig vektning av ulike innvandringsregulerende hensyn som er relevante i enkeltsakene” (punkt 2 siste avsnitt).

Av konkrete tiltak av betydning for saksbehandlingen som berører barn som fremhevet i stortingsmeldingen kommenterer UNE dette under brevets punkt 4. For å redusere saksbehandlingstiden har UDI og UNE iverksatt et samarbeid, med sikte på at saksbehandlingstiden i de fleste asylsaker ikke skal overskride 12 måneder i løpet av 2015. For å sikre god barnefaglig kompetanse i alle ledd nedsatte UNE en intern arbeidsgruppe som hadde som mandat å klarlegge hvilke barnefaglig kompetanse de innehar, hvilken de har behov for og hvordan de kan bruke slik kompetanse under sin saksbehandling. Videre har Justisdepartementet, etter en offentlig anbudsrunde, bebudet NOVA (Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring) til å kartlegge og evaluere hvordan barns situasjon blir belyst i saksbehandlingen og vurdere bruken av og behovet for muntlig høring av barn. Etter ikrafttredelse av dagens utlendingslov og medfølgende forarbeider, nasjonale og internasjonale politiske prosesser og en generell trend i samfunnet har det vært økt fokus på barns rettigheter. For å etterleve sine retningslinjer på best mulig måte har UNE utviklet bedre rutiner for å tydeliggjøre hvilke vurderinger de gjør, utarbeidet flere barnefaglige notater til bruk i saksbehandlingen og tilsatt egne menneskerettighetsrådgivere.

Sikrer så disse mekanismene en bedre etterlevelse av utlendingslovens bestemmelser om beskyttelse og opphold på grunn av humanitære hensyn og Norges internasjonale forpliktelser, og spesielt vedtak som berører barn? Det er på det rene at forvaltningen har iverksatt tiltak for å sikre at barnets beste blir tillagt vekt mer i samsvar med lovgivers intensjon og de har aktivt gått inn for å heve kunnskapsnivået og treffe avgjørelser som har de beste grunner for seg. Det ville vært høyst spekulativt å si noe om hvordan praksis vil arte seg i fremtiden, men det er mye som tyder på at forvaltningen etter beste evne etterlever gjeldende rett.

Sett hen til den nye regjeringen sitt forslag til forskriftsendring er det naturlig å anta at også de ønsker å videreføre den forrige regjeringens syn om å tydeliggjøre vekten som skal legges på barnet beste, deriblant barnets tilknytning til riket. En utvidet tekst i utlendingsforskriftens § 8-5 vil stå i en sterkere rettskildemessig posisjon enn en stortingsmelding. Andre deler av forvaltningens praksis skal muligens strammes inn slik som økt bruk av lukkede mottak og

mer differensierte mottak, en raskere retur av personer uten lovlig opphold og kriminelle og å heve underholdskravet i saker om familieetableringssaker.

3.6 Rt. 2009 s. 1261

Denne saken gjelder gyldigheten av UNE sitt vedtak om å ikke omgjøre et avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig tamilske gutt. De fremtredende rettslige spørsmålene er om barnekonvensjonens art. 3 medfører at mindreårige asylsøkere har rettskrav på opphold i Norge dersom dette er til barnets beste, og hvilken betydning en generell uttalelse fra FNs barnekomite har på den nasjonale tolkningen av ”barnets beste”.

Førstvoterende dommer Stabel fremhever tidlig i sitt votum at den sentrale bestemmelsen er barnekonvensjonens art. 3 første ledd, om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Med støtte i konvensjonens forarbeider og diskusjoner rundt vedtakelsen trekkes slutningen at en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen innebærer at barnets beste ikke er det eneste og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser²⁵. En slikt tolkning vil isolert sett ikke medføre at dersom barnets beste taler for det så utløses et rettskrav om oppholdstillatelse. Det blir videre problematisert om artikkel 3 skal fortolkes som et unntak fra dette på det aktuelle rettsområdet, primært sett i lys av de generelle kommentarene fra FNs barnekomité. Slike uttalelsers vekt som rettskilde blir tatt opp i Rt. 2008 s. 1764, som fant det klart at konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettighetskomite måtte ha betydelig vekt, selv om de ikke er å anse som folkerettslig bindende²⁶. Dommer Stabel mener det sentrale ved komitéens uttalelser vil være hvor klart den gir uttrykk for organets forståelse av partenes forpliktelser, hvorvidt uttalelsene er å anse som en tolkning eller som en anbefaling for best mulig etterlevelse av konvensjonen og det må vurderes om komitéens uttalelser passer på det aktuelle faktum og rettsområde.

Søkeren hadde i saken gjort gjeldende at FNs barnekomités generelle kommentar nr. 6 (2005), punkt 86 uttrykkelig sier at det ikke er anledning til å returnere barn under henvisning til generelle innvandringspolitiske hensyn og at barnets beste skal være det eneste kriteriet. Førstvoterende er ikke enig i denne forståelsen og tolker punkt 86 i lys av kommentarens øvrige

²⁵ Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 31

²⁶ *ibid.* avsnitt 41

uttalelser. Etter en grundig gjennomgang av relevante punkter i kommentaren kommer dommer Stabell til at tolkningsuttalelsen gir uttrykk for barnekomitéens uttalelse ikke kan forstås slik at barnets beste skal vurderes uavhengig av familietilknytning i hjemlandet, men at barn i utgangspunkt skal gjenforenes med sin familie. Førstvoterende forstår barnekomitéens uttalelser dithen at innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnets omstendigheter ikke tilsier retur. Slike omstendigheter kan foreligge dersom det er rimelig grunn til å anta at en tilbakeføring vil medføre at barnet blir rammet av vold eller at barnets menneskerettigheter kan bli krenket²⁷. Dommer Stabell konkluderer videre med at barnets beste skal være et sentralt moment ved slike saker og at UNE har lagt denne rettsopfatningen til grunn ved sitt vedtak om å ikke omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag. Omgjøringsvedtaket anses følgelig ikke ugyldig²⁸. Søkeren gjør videre gjeldene at vedtaket er ugyldig grunnet manglende begrunnelse og fordi det er svikt i det faktiske grunnlaget uten at førstvoterende finner grunnlag for å dele denne oppfatningen.

Den siste rettslige problemstillingen omhandler domstolenes prøvingsrett, da søker anfører at domstolene må kunne overprøve hva som er til hans beste. Det ble i Rt. 2008 s. 681 avsnitt 46 lagt til grunn at domstolene ikke kan overprøve om opphold på humanitært grunnlag utover det som følger av reglene om myndighetsmisbruk, men søkeren hevdet i den foreliggende sak at hensynet til barnets beste og dets forankring i barnekonvensjonene tilsier at dette hensynet må være gjenstand for utvidet domstolsprøving. Dommer Stabell er her enig i utgangspunktet til Einarsen som også ble fremmet i Rt. 2008 s.681. Kortfattet innebærer dette at domstolene må kunne prøve forvaltningens forståelse av begrepet ”barnets beste” og føre kontroll med at hensynet uttrykkelig er blitt vurdert og forsvarlig veid opp mot de motstående hensyn i saken, for å sikre at forvaltningens skjønnsutøvelse er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser. Stabell er videre av den oppfatning at selv med den omfattende domstolskontrollen vil den konkrete vurderingen av hva som er barnets beste høre til forvaltningens frie skjønn. Det kan etter dette problematiseres hvor mye som reelt sett gjenstår av dette frie skjønnet med en så omfattende domstolskontroll. En slik utvikling kan også kritiseres. I de tilfeller loven gir anvisning på utpregede skjønnsmessige vurderinger eller vurderinger av faglig karakter kan domstolene ikke forventes å ha nødvendig innsikt i ethvert fagområde som de ulike delene av

²⁷ ibid. avsnitt 62

²⁸ ibid. avsnitt 67

forvaltningen spesialisert seg i, noe som igjen stiller dem mindre kompetente til å foreta slike vurderinger, dette synet fremgår i Rt. 2007 s.1573 avsnitt 52.

I den foreliggende saken konkluderer førstvoterende Stabell med at UNE har, i tilfellet til den tamilske gutten, lagt rett forståelse av barnets beste til grunn og at det ikke er foretatt noen uforsvarlig vurdering eller feilaktig avveining mot de motstående hensyn²⁹. Den konkrete avveiningen kan imidlertid ikke prøves av Høyesterett. Dommer Tønder, Webster og Gussgard er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Annenvoterende dommer Bårdsen kommer under en viss tvil til samme resultat som førstvoterende, men dissenterer med dommer Stabell når det kommer til deler av begrunnelsen for avgjørelsen. Bårdsen utdyper i sitt votum betydningen av tolkningsuttalelser fra håndhevningssorgangene av de ulike konvensjonene og at det å tillegge disse betydelig vekt bidrar til å sikre felles standarder og en praktisk gjennomføring av det som ellers er vage og generelle formuleringer³⁰. Hans tvil knytter seg videre til det han anser som UNE sin feilaktige oppfatning om at generelle innvandringspolitiske betraktninger uansett kunne dannet grunnlag for utsendelse av søkeren, og at et slikt syn kunne påvirket deres vurdering av hva som er å anse som barnets beste. Han finner imidlertid ikke holdepunkter for at det har forekommet en slik påvirkning i det omtvistede vedtaket. Dommer Bårdsen fikk ikke tilslutning fra de øvrige dommerne ved stemmegivningen.

4 Langvarig ulovlig opphold

4.1 I hvilken grad kan langvarig ulovlig opphold i Norge gi grunnlag for en oppholdstillatelse etter norsk praksis?

Alle utenlandske borgere må ha tillatelse for innreise og opphold i Norge. Lengere opphold enn 3 måneder krever formell oppholdstillatelse, basert på et av følgende særskilt grunnlag: arbeid, studier, familie, beskyttelse eller tungtveiende humanitære hensyn. Oppholdstillatelse innvilges av forvaltningen og reguleres av utlendingsloven. Det kan i noen tilfeller også innvilges midlertidig oppholdstillatelse for eksempel mens søknad om opphold er til behandling.

²⁹ ibid. avsnitt 81

³⁰ ibid. avsnitt 89

En person som ikke har fått innvilget opphold på et av de overnevnte grunnlag, eller som ikke forlater riket etter utløpet av en midlertidig oppholdstillatelse eller som ikke etterkommer en satt utreisefrist oppholder seg normalt sett ulovlig i riket.

Ved utarbeidelsen av § 38 i ny utlendingslov ble det foreslått endring av den gamle lovs ordlyd fra ”sterke menneskelige hensyn” til en formulering som skulle uttrykke at det skulle gis tillatelse med mindre det ville være ”urimelig” å nekte opphold³¹. Departementet kom til at den eksisterende ordlyden best gav uttrykk for hva som var og fortsatt skulle være det sentrale vurderingstema. Ved videreføring av dette uttrykket anså departementet at gode grunner også talte for at ”tilknytning til riket” skulle videreføres. Selv om det vil foreligge en tilknytning til riket, som en av flere momenter, ved innvilgelse av opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn, mente lovgiver at i noen tilfeller ville tilknytning i seg selv kunne gi grunnlag for oppholdstillatelse. Odelstingsproposisjonen trekker frem tilfeller hvor en utlending tidligere har vært norsk statsborger og med mange års opphold kan ha en tilknytning som taler for å innvilge opphold³². Forarbeidene virker her å ta utgangspunkt i en tilknytning til riket som er opparbeidet gjennom lovlig opphold. I hvilken utstrekning vil ulovlig opphold kunne skape grunnlag for opphold, og da særlig for barn?

Ordlyden i utl. §38 utdyper ikke nærmere hva som ligger i ”særlig tilknytning til riket”, heller ikke rettstilstanden ved opparbeidelse av slik tilknytning ved ulovlig opphold. I et praksisnotat fra UNE, publisert den 22. September 2009 ”Betydningen av lang oppholdstid i Norge”, redegjør forvaltningsorganet for sin praksis i ulike sakstyper der lang oppholdstid i riket er et sentralt moment. Paragrafhenvisningene er i dette notatet til den tidligere loven og forskriften, men notatet er egnet til å belyse den materielle vurderingen foretatt av forvaltningen. Etter en grundig gjennomgang av saker konkluderes det med at praksis taler i retning av at langvarig opphold i Norge som hovedregel ikke i seg selv tilsier at det er grunnlag for oppholdstillatelse etter gammel utlendingslovs §8 annet ledd, dagens utl. §38 første ledd. Søkerens tilknytning til riket skal heller være en del av helhetsvurderingen ”sterke menneskelige hensyn”, dette medfører at utfallet beror på hvilke innvandringsregulerende hensyn og andre omstendigheter som gjør seg gjeldene i den konkrete saken. UNE gjør det videre klart at både lovlig opphold i

³¹ jf. Ot prp. nr. 75 (2006-2007) side 153

³² ibid. s. 153

forbindelse med behandlingen av saker og ulovlig opphold etter avslag normalt tillegges liten vekt i vurderingen, men at opphold med tillatelse oftere taler i søkers favør selv om slikt opphold må være opp mot ti år for å kunne ha avgjørende betydning. Det gjøres imidlertid et klart unntak fra denne hovedregel i saker som vedrør barn. Også av den gamle utlendingsforskriftens §21b fremgikk det at barns tilknytning til riket skal tillegges ”særlig vekt”, jf. dagens utlendingsforskrift §8-5. UNE gjør det klart at etter deres praksis vil barns langvarige opphold kunne få avgjørende betydning for vurderingen av om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn”.

I departementets egne vurderinger, fremgår det at det er viktig å nyttig å skille mellom utlendinger som samarbeider om retur etter endelig avslag og de som ikke gjør det³³. For søkere som samarbeider om retur taler gode grunner for å gi en formalisert status i perioden oppholdet varer, ettersom de ikke kan bebreides for at retur ikke er mulig på grunn av praktiske hindringer. Dette kommer også til uttrykk i utlendingsforskriften §8-7. Etter denne bestemmelsen kan UNE, etter anmodning om omgjøring, gi oppholdstillatelse etter utl. §38 til en asylsøker som har fått endelig avslag. Dette er imidlertid avhengig av at noen vilkår er oppfylt: det må ha gått tre år siden saksopprettelse uten at avslaget er iverksatt og at det er usannsynlig at slik iverksettelse vil la seg gjennomføre, det foreligger ikke tvil om søkerens identitet og at søkeren har bidratt i å avklare sin identitet under perioden som asylsøker, søkeren må også ha bidratt til å muliggjøre retur herunder bidratt til å skaffe seg hjemlandets reisedokument. Etter en naturlig språklig forståelse er det nærliggende å anse disse vilkårene som kumulative. Videre forutsetninger følger av bestemmelsens andre, tredje og fjerde ledd. En slik oppholdstillatelse vil legitimere utlendingens opphold i Norge frem til retur blir mulig og gi tilgang til rettigheter som vil bedre livssituasjonen. Opphold etter denne bestemmelsen kan imidlertid danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. utf. §8-7 femte ledd.

For utlendinger som ikke samarbeider om retur vil innvilgelse av opphold være problematisk og andre betraktninger vil gjøre seg gjeldene. Utgangspunktet er også her at utlendingen plikter å forlate riket innen en frist som settes av forvaltningen. I tilfeller hvor utlendingen ikke samarbeider i å redegjøre for sin identitet, skaffe seg hjemlandets reisedokumenter og generelt muliggjøre sin retur er det ingen hjemmel for å innvilge midlertidig oppholdstillatelse. En slik

³³ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 165

ordning vil kunne motvirke åpenhet og samarbeid mellom søker og forvaltningen. Departementet slår fast i sine vurderinger at det er betydelig potensiale i denne sammenheng da det allerede i dag er mange som ikke vil reise frivillig selv om det er mulig³⁴. Årsaker til at søkere blir ikke etterlever forvaltningens pålegg etter negativt vedtak er ulikeartet, det kan være alvorlige traumer fra hjemlandet eller generell usikkerhet rundt sin situasjon ved en eventuell retur. Forarbeidene understreker klart at i tilfeller hvor foreldrene ikke makter å takle situasjonen med familiens usikre fremtid, vil barna være helt uten skyld og i størst fare for å bli sterkt skadeildene³⁵. Hensynet til barnets beste vil være et tungtveiende og det primære hensynet som taler for at ulovlig opphold i riket etter en viss tid burde formaliseres. Selv om det etter forarbeidene ikke åpnes for en forskriftsendring som kan hjemle oppholdstillatelse til utlendinger som ikke samarbeider om retur, presiseres det at forvaltningen ikke er forhindret fra å innvilge opphold i slike tilfeller hvor det foreligger spesielle hensyn og hvor dette anses skjønnsomt. Dette synet har også støtte i den overnevnte stortingsmeldingen ”Barn på flukt”³⁶. I samme melding slo den forrige regjeringen fast at dersom barn har opparbeidet seg en tilstrekkelig tilknytning til riket etter avslag, vil dette ofte være på grunn av helt eller delvis ulovlig opphold. Deres syn på dette var at slikt opphold og oversittet utreisefrist i seg selv ikke er et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Da etterlevelse av forvaltningens vedtak og frister er ønskelig oppførsel og aktiv motarbeidelse er å regne som et tungtveiende innvandringsregulerende hensyn vil oversittet utreisefrist være i en naturlig mellomstilling.

5 Domstolenes prøvingsrett

5.1 Hva kan domstolene prøve?

Utlendingsloven inneholder ikke noen henvisning til tvistelovens kapittel 36 og domstolene har følgelig ingen plikt til å prøve alle sider av saken slik som utledes av tvl. §36-5 tredje ledd. Det er imidlertid, gjennom konstitusjonell sedvanerett, slått fast at domstolene har mulighet til å føre legalitetskontroll med forvaltningens avgjørelser. Domstolens oppgave er å kontrollere at forvaltningens vedtak er fattet med rett materiell, personell og prosessuell kompetanse. Det er en viktig rettssikkerhetsgaranti at domstolene kan prøve forvaltningens sub-

³⁴ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 165

³⁵ *ibid.* s. 166

³⁶ St.meld. nr. 27 (2011-2012) s. 55

sumsjon ved vedtak som innebærer inngrep overfor enkeltpersoner. Et viktig unntak fra dette er at domstolene ved slik legalitetskontroll ikke kan prøve forvaltningens frie skjønn, dette anses som sikker rett. Begrepsbruken rundt et slikt skjønn er ikke entydig og refereres ofte til som "forvaltningsskjønn", "hensiktsmessighetsskjønn" eller "kan-skjønn". Et slikt fritt skjønn omfatter tilfeller der loven gir forvaltningsorganet adgang til å velge mellom flere alternativer, eller gir forvaltningen en valgmulighet mellom å la bestemmelsen komme til anvendelse eller ikke gjennom bruken av ordet "kan".

Dette er, med noen modifikasjoner, tilfellet i utl. §38. Selv om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller tilstrekkelig tilknytning til riket så "kan" forvaltningen fritt velge den løsningen som anses hensiktsmessig, og dette valget kan ikke overprøves av domstolene såfremt det ikke er tatt utenforliggende hensyn, om resultatet er grovt, vilkårlig eller åpenbart urimelig eller om inngrepet er uforholdsmessig. Vi finner støtte for dette synet i lovens forarbeider³⁷. I saker om opphold på humanitært grunnlag er imidlertid flere spørsmål og relevante hensyn regulert i utlendingsforskriften av 2009, og dette ligger innenfor prøvelsesretten til domstolene som kan kontrollere om forvaltningen har tolket forskriften riktig. Realitet av dette er at det frie forvaltningsskjønnet blir noe innskrenket. Rettstilstanden blir redegjort for i rettspraksis³⁸. Det fremgår av disse dommene at domstolene i avgjørelser etter utl. kap. 5 ikke kan prøve annet enn om vedtaket er basert på feil lovtolkning, feil faktum, feil saksbehandling, usaklige hensyn eller er åpenbart/grovt urimelig.

Barnets beste har som nevnt en spesiell forankring i barnekonvensjonen og domstolene skal, i følge utl. §3, kontrollere at forvaltningens praksis er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser. Det har i rettspraksis og juridisk litteratur blitt diskutert om dette, "barnets beste", bør være gjenstand for utvidet domstolsprøving. I overnevnte Rt. 2009 s. 1261 viser Høyesterett til Terje Einarsen³⁹ som hevder at det fremgår av sammenhengen i utlendingsloven og da særlig etter tidligere utlendingslovs §4 (dagens utl. §3) at domstolene i tillegg kan, og i noen tilfeller plikter å, kontrollere at forvaltningens skjønnsutøvelse er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. avsnitt 76. Einarsen problematiserer hvorvidt domstolene alltid kan

³⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.420

³⁸ Rt. 2008 s. 681, avsnitt 46 og Rt. 2009 s. 1374, avsnitt 35

³⁹ Einarsen (2008) s. 44

prøve saksbehandlingen, bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen og den del av skjønnsvurderingen i saken som gjelder det obligatoriske hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 3, når saken berører et mindreårig barn, og kommer til at mye taler for at domstolene bl.a. må kunne prøve forvaltningens forståelse av hva begrepet ”barnets beste” betyr i denne sammenheng. Førstvoterende Stabel gir, i avsnitt 77, sin tilslutning til dette synet med den presisering at mens domstolene kan vurdere forvaltningens generelle forståelse av ”barnet beste” og om hensynet er forsvarlig vurdert og avveid opp mot motstående hensyn hører den konkrete vurderingen av barnets beste og den konkrete interesseavveiningen under forvaltningens frie skjønn. Dissenterende dommer Bårdsen hadde ingen avgjørende innvendinger mot førstvoterende sin vurdering på dette punktet, jf. avsnitt 98.

Forslaget om forskriftsendring av §8-5 fra regjeringen kan tale i retning av at den utvidete domstolskontrollen med saker som berører barn står enda sterkere enn tidligere. Etter en slik endring vil ikke bare hvorvidt barnets tilknytning har blitt tillagt tilstrekkelig vektlagt prøves, men også momentene som er nevnt i den foreslåtte forskriftsendringen (barnets alder, barnets behov for stabilitet og kontinuitet, oppholdstid, språk, helsesituasjon, omsorgssituasjon, menneskerettslig situasjon ved retur osv.) må kunne prøves av domstolene som en del av rettsanvendelsen. Domstolenes kontroll kan neppe begrenses til kontroll av om forvaltningen har vist til utlendingsforskriftens §8-5 eller nevnt momentene i sitt vedtak, for å sikre etterlevelse må domstolene kunne prøve om vektleggingen har vært reell. Etter en slik presisering vil det være vanskelig å gjennomføre tilstrekkelig kontroll uten at dette griper inn i den konkrete interesseavveiningen for skal være forbeholdt forvaltningen.

Etter dette vil det være grunnlag for å hevde at den konkrete interesseavveiningen ikke lenger hører under forvaltningens frie skjønn, men snarere representerer et skjønn domstolene etter omstendighetene i den konkrete sak må prøves til bunns.

5.2 Rt. 2012 s. 1985

Saken tar for seg gyldigheten av et avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med to barn som på vedtakstidspunktet hadde bodd her i lang tid. Det sentrale spørsmålet er om domstolsprøvingen skal bygge på de faktiske forholdene som foreligger ved vedtakstidspunktet eller de ved domstidspunktet. Videre tar dommen for seg forståelsen av utl.

§38 sett i lys av barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1, hvilke omfang domstolskontrollen skal ha i slike saker og om vedtaket i saken oppfyller disse vilkårene. Dette var den første av to plenumsavgjørelser den 21. desember 2012 og endte med dissens fjorten mot fem etter stemmegivningen.

Førstvoterende dommer Webster begynner sitt votum med problemstillingen om vedtaks- eller domstidspunktet skal legges til grunn ved prøvingen av vedtaket gyldighet. Ettersom det normalt vil være en tidsmessig differanse mellom når forvaltningens vedtak fattes og når saken blir fremmet for domstolen, vil også familiens og barnet tilknytning til Norge kunne bli sterkere i løpet av tiden som går. I tillegg til dette kan endrede forhold i søkerens hjemland og omstendigheter ellers medføre en endring i det materielle grunnlaget for beslutningen. I juridisk prosessteori skilles det mellom rettsfakta og bevisfakta⁴⁰. Rettsfakta er faktiske forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger, mens bevisfakta er de bevis som godtgjør vedkommende rettsfaktum. Førstvoterende behandler dette ved å oppstille problemstillingen om nye forhold som forvaltningen ikke har vurdert, kan tas i betraktning når domstolene vurderer vedtaket⁴¹. Etter en grundig gjennomgang av juridisk teori og rettspraksis finner dommer Webster at den aktuelle problemstillingen ikke har vært behandlet i nevneverdig grad før tusenårsskiftet og tilskriver dette til at mange fant det selvsagt at en etterkontroll av forvaltningsvedtak skal skje på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet⁴². Av rettspraksis fra etter tusenårsskiftet trekker Webster frem flere dommer som samlet sett underbygger dette synet og det gjennomgående argument er at domstolene skal stå for den etterfølgende kontroll. En samlet vurderingen av rettskildene talte så i retning av at det er vedtakstidspunktet som skal bli lagt til grunn for domstolenes prøving av vedtakets gyldighet med mindre det motsatte følger av en naturlig tolkning av loven, men at det som utgangspunkt er adgang til å fremlegge nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet⁴³. Dommer Webster finner også at dette utgangspunktet ikke er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK eller FNs barnekonvensjon, da det ikke oppstilles et krav om en ”nåtidsvurdering” av domstolene så lenge nasjonale myndigheter legger til rette for en betryggende og effektiv prøvingsrett

⁴⁰ NOU 2001:32 s.703

⁴¹ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 50

⁴² *ibid.* avsnitt 56

⁴³ *ibid.* avsnitt 81

som er innrettet på en slik måte at den også omfatter nye forhold⁴⁴. Dette underbygges også av at det ikke er omstridt at UNE sin behandling oppfyller de krav som stilles om en effektiv prøvingsrett, at UNE er å regne som en domstol etter EMKs system, at nemdas vedtak bygger på en nåtidsvurdering og at utlendingsmyndighetene plikter å realitetsbehandle nye forhold som blir påberopt⁴⁵. Domstolskontrollen ble på dette grunnlag funnet tilfredsstillende av flertallet.

Mindretallet, ved dommer Bårdsen, slutter seg til det Webster sier om den alminnelige ordningen ved rettslig prøving av administrative vedtak, men mener at det er områder hvor ”særlige hensyn tilsier” at den rettslige prøvingen skjer ut ifra en nåtidsvurdering og at vedtak som nekter opphold på humanitært grunnlag etter §38 er et slikt område⁴⁶. Dommer Bårdsen fremmet dette synet tidligere i Rt. 2012 s. 667 avsnitt 27, og mener at denne løsningen bør opprettholdes. Hans hovedbegrunnelse for et slikt syn sentrerer seg rundt det at ettersom EMD prøver de menneskerettslige sidene ut i fra en nåtidsvurdering i saker som blir forelagt for dem bør dette også være tilfellet ved saker som legges frem for norske domstoler. Bårdsen mener at ut i fra konvensjonens system, og dens forutsetninger om samvirke mellom nasjonale domstoler og EMD, er det lite tilfredsstillende dersom den nasjonale domstolsprøvingen er mindre inngående enn en eventuell etterfølgende prøving i EMD⁴⁷. Tredjevoterende dommer Skoghøy kommer til samme resultat som annenvoterende, men går enda lengere og mener at hovedregelen ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak må være at prøvingen skjer på grunnlag av det faktum som foreligger på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms og at dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må domstolene ikke bare ta hensyn til nye opplysninger om faktum på vedtakstidspunktet (bevisfakta), men også senere inntrådte rettslig relevante omstendigheter (rettsfakta)⁴⁸. Dommer Skoghøy får kun tilslutning fra dommer Falkanger i dette synet.

Plenumsdommens andre rettsspørsmål tar for seg forståelsen av utl. §38 jf. utlendingsforskriften §8-5, sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 og omfanget av domstolsprøvingen

⁴⁴ ibid. avsnitt 98

⁴⁵ ibid. avsnitt 88

⁴⁶ ibid. avsnitt 170

⁴⁷ ibid. avsnitt 178

⁴⁸ ibid. avsnitt 216

samt vurderer forvaltningens konkrete skjønnsutøvelse. Førstvoterende, som gir uttrykk for flertallets synspunkt, foretar en omfattende gjennomgang av det rettslige grunnlaget og med støtte i blant annet overnevnte Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31 kommer til at selv om barnets beste skal være et grunnleggende hensyn er det ikke det eneste og heller ikke alltid det avgjørende i saker som berører barns interesser⁴⁹. Dette er et rettsområde bestående av vanskelige avveininger hvor den aktuelle saks konkrete omstendigheter må være avgjørende uten at det er mulig å oppstille noe fast formel for hvilke hensyn som skal til være det avgjørende. Det kan være tilfeller hvor hensynet til barnet etter omstendighetene er så tungtveiende at det må slå gjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldene⁵⁰, dette er imidlertid ikke noe som lar seg utledes av det rettslige grunnlaget som noe utgangspunkt, men er avhengig av de konkrete omstendighetene i saken.

I en artikkel publisert i Jussen Venner har professor dr. juris Terje Einarsen stilt seg kritisk til noen punkter i dommer Websters votum⁵¹. Han har en liten bemerkning til Websters utsagn i dommens avsnitt 108 hvor hun legger til grunn at ”det innenfor rammene av Norges internasjonale forpliktelser, er et politisk spørsmål hvor mange som skal gis opphold i landet på humanitært grunnlag”. Einarsen er her av oppfatningen at det burde være presisert at det er terskelen som avgjøres ut ifra politisk betraktninger og at de rettslige rammene for hvilke terskel som kan settes av forvaltningen er fastsatt i lovens §38, i forskrift og i menneskerettigheten som domstolene kan og skal kontrollere⁵². Mer problematisk finner Einarsen uttalelsene til Webster når hun i avsnitt 110 fremmer at utlendingsretten er ”preget av vanskelige avveininger av utpreget politisk karakter. Dette gjelder ikke minst to sentrale motstående hensyn i vår sak, nemlig hensynet til barnets beste og de innvandringsregulerende hensynene”. Einarsen sin oppfatning er at lovgiver allerede har foretatt den politiske avveiningen i lov og forskrifts form og at det bare innenfor disse rammene at det er et politisk skjønn tilbake, et fritt skjønn som gjenspeiler politiske målsetninger som domstolene ikke kan prøve. Etter hans oppfatning kan det argumenteres at innvandringsregulerende hensyn, isolert sett, er av typisk politisk karakter, men dette er ikke tilfellet når det kommer til barnets beste. Einarsen karakteriserer det-

⁴⁹ *ibid.* avsnitt 135

⁵⁰ *ibid.* avsnitt 134

⁵¹ Einarsen (2013) s. 303

⁵² *ibid.* s. 304

te hensynet av å ha utpreget rettslig karakter. Ved vurderingen av hva som faktisk er i barnets beste vil det måtte kreves barnefaglig kyndighet med hensyn til å avklare barnets konkrete interesser, innsikt i barns rettigheter etter barnekonvensjonen, sunn fornuft og gode vurderinger, men ikke politiske avveininger. Han uttrykker videre at det først etter at ”barnets beste” og den konkrete egenvekten av dette hensynet er blitt fastlagt i den konkrete saken at det gjenstår noen rent politisk avveining mot innvandringsregulerende hensyn innenfor rammen av loven. Av dette utleder han at barnets beste har to funksjoner i relasjon til utlendingsloven §38, som en generell ramme for skjønnet og hvilken terskel for avveiningsnormen som er lovlig å sette og som et konkret hensyn i den enkelte sak vurdert opp mot innvandringsregulerende hensyn. Det ser imidlertid ut som Høyesterett enten ikke erkjente dette eller er uenig i en slik forståelse⁵³. Einarsen mener at Høyesterett er farlig nær ved å frata innholdet i normen ”barnets beste” enhver effektiv rettslig karakter på dette området, både som ramme for skjønnet og som konkret hensyn, noe som ikke er i samsvar med lovens system og barnekonvensjonens art. 3 nr. 1. Etter hans oppfatning oppstiller det rettslige grunnlaget en tydelig plikt til å legge vekt på barnets beste som et grunnleggende hensyn og for at det skal gi noen mening med et lovbestemt innhold må innholdet i handlingsnormen også ha et rettslig meningsinnhold, i hvert fall når tema for handleplikten er nedfelt i et velkjent juridisk begrep. En relativisering og politisering av et så sentralt hensyn vil, etter Einarsens oppfatning, kunne rammes av diskrimineringsforbudet i barnekonvensjonens art. 2 og være i strid med art. 3 nr. 1. Han påpeker imidlertid at Webster senere i sitt votum⁵⁴ presiserer at barnets beste ”skal veie tungt” med støtte i lovens forarbeider, men ettersom barnets beste avgjøres med endelig virkning av forvaltningen selv etter fritt skjønn, og holdt opp mot en utpreget politisk vurdering av innvandringsregulerende hensyn, vil en slik påpekning fra Websters side bli ”tvetydig og nesten uten substans”⁵⁵. Resultatet av dette er etter hans oppfatning at det kun står igjen en begrenset kontroll av vedtakets forsvarlighet slik det står igjen og at Høyesteretts flertall har utelukket en selvstendig vurdering av barnets beste fra domstolenes side, frigjort fra premissene i saken noe som resulterer i at det gjenstående er en summarisk og kanskje illusorisk vurdering av det konkrete forvaltningsvedtaket i saken⁵⁶.

⁵³ *ibid.* s. 305

⁵⁴ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 134

⁵⁵ Einarsen (2013) s. 306

⁵⁶ *ibid.* s. 306

I spørsmålet om rammene for domstolsprøvingen gjengir Webster hovedtrekkene i den domstolsskapte prøvelsesretten. Denne kompetansen beror i utgangspunktet på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse og ettersom utl. §38 første ledd er en ”kan”-bestemmelse med et ”fritt skjønn” kan domstolene prøve forvaltningens rettsanvendelse og under dette forholdet til landets menneskerettslige forpliktelser, selve saksbehandlingen og om vedtaket bygger på riktig faktum. Det konkrete skjønnet kan ikke prøves utover en kontroll av om skjønnet er tilstrekkelig bredt og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig⁵⁷. Prøvingen er derimot noe mer omfattende når det kommer til vedtak som berører barn og forvaltningen står ikke her like fritt. Ordlyden i §38 tredje ledd og i forskriften §8-5 krever at barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn og at barnets tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt. Med støtte i Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 75 til 77 finner Webster at domstolenes oppgave er å kontrollere forvaltningens tolkning av loven, at den generelle forståelse av begrepet ”barnets beste” er korrekt, at barnets tilknytning er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn og at vedtaket er formulert på en slik måte at det fremgår at barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Den konkrete interesseavveiningen faller utenfor domstolenes prøvelsesrett⁵⁸. I vurderingen av det omtvistede vedtaket, er dette begrenset til spørsmålet om gyldigheten av avslaget på begjæring om omgjøring som følge av barnas tilknytning til Norge. Førstvoterende går gjennom nemdas vedtak og legger kortfattet til grunn at deres forståelse av §38 er riktig og at det videre ikke foreligger noen mangler ved utøvelsen av skjønnet som kan tale for at vedtaket bør kjennes ugyldig, da også hensynet til barna i saken er forsvarlig vurdert innenfor de rammer loven og Norges internasjonale forpliktelser oppstiller⁵⁹.

Også mindretallet, igjen representert ved dommer Bårdsen, synes å legge til grunn samme forståelse av det rettslige utgangspunkt for domstolskontrollen, nemlig at domstolene skal kontrollere at hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelt motstående hensyn⁶⁰. I motsetning til flertallet har dommer Bårdsen imidlertid en noe ulik forståelse av avveiningsnormen i barnekonvensjonen art.3 nr.1 og han foretar en mer inngående vurde-

⁵⁷ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 142

⁵⁸ *ibid.* avsnitt 149

⁵⁹ *ibid.* avsnitt 165

⁶⁰ *ibid.* avsnitt 203

ring av forvaltningens premisser i vedtaket. Dommer Bårdsen forstår UNE sitt vedtak slik at på grunn av det eldstes barnets tilknytning, oppholdstid og integrering i riket er det til dets beste at han får bli i Norge⁶¹, noe som også legges til grunn av flertallet i saken⁶². Det sentrale innvandringsregulerende hensyn i saken syns å være perioder av ulovlig opphold i Norge, manglende medvirkning til frivillig utreise, hensynet til respekten for lovens øvrige regler og mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag⁶³. Bårdsen anerkjenner dette som hensyn som kan vektlegges, men har vanskelig for å se at disse forhold kan være utslagsgivende der barnets sterke tilknytning til Norge tilsier at det bør innvilges oppholdstillatelse. Han oppfatter i det minste at begrunnelsen i UNE sitt vedtak skaper betydelig tvil om det eldste barnets beste har blitt behandlet så grunnleggende som barnekonvensjonen art. 3 krever og dette har vært forsvarlig vurdert og avveid og at vedtaket på dette grunnlag må anses som ugyldig⁶⁴. I motsetning til flertallet legger mindretallet seg på en linje som resulterer i at svært lite gjenstår av det ”frie skjønnet” til forvaltningen.

5.3 Rt. 2012 s. 2039

Også i dagens andre plenumsavgjørelse tar Høyesterett for seg gyldigheten av UNE sitt vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag til en familie fra Bosnia-Hercegovina som hadde fått barn i Norge. De sentrale rettslige problemstillingene er her hvorvidt vedtaket tilfredsstilte kravet til begrunnelse i utl. §38 tredje ledd og om det er en prosessuell adgang til å avsi fastsettelsesdom for at en utsendelse krenker EMK art. 8. Etter stemmeavgivning ble utfallet dissens elleve mot åtte i spørsmålet om det kan avsies fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen og fjorten mot fem i sakens øvrige spørsmål. Saken ble avgjort av de samme dommerne som i Rt. 2012 s. 1985 og tar for seg mange av de samme rettslige problemstillingene.

Førstvoterende dommer Matningsdal, som utgjorde en del av flertallet i dagens første dom, begynner sitt votum med å legge til grunn hvordan avgjørelsen i dagens første dom virker inn på denne avgjørelsen og legger rammene for dette vedtaket. For det første er det avgjort at

⁶¹ ibid. avsnitt 205

⁶² ibid. avsnitt 157

⁶³ ibid. avsnitt 163

⁶⁴ ibid. avsnitt 211

vedtaket skal prøves på grunnlag av faktum på vedtaks- og ikke på domstidspunktet⁶⁵. Det har også skjedd en rettslig avklaring av innholdet i utl. §38 sammenholdt med barnekonvensjonen art.3 og rekkevidden av domstolenes prøvelsesadgang⁶⁶.

Matningsdal begynner med å prøve om UNE sitt vedtak av 15. desember 2010, sett i lys av disse utgangspunktene, er ugyldig. Som i de tidligere nevnte rettsavgjørelsen tar retten utgangspunkt i forvaltningens vedtakstekst. Etter en vurdering av barnets tilknytning til riket, som nemda understreket skal tillegges særlig vekt i samsvar med utlendingsforskriftens §8-5, legger nemda til grunn at det vil være i barnets beste at hun får innvilget oppholdstillatelse i Norge⁶⁷. Barnets tilknytning ble i det videre holdt opp mot eventuelle innvandringsregulerende hensyn. Søkerne har i denne saken oppholdt seg ulovlig i riket i over 4 år og etter UNEs vurdering er dette et innvandringspolitisk hensyn som bør tale imot oppholdstillatelse. Nemda kom til at dette måtte tillegges større vekt enn barnets beste i det foreliggende tilfellet, noe som medførte at oppholdstillatelse ikke ble innvilget.

Førstvoterende finner at UNE utvilsomt har lagt riktig forståelse av utl. §38 til grunn for sin vurdering hvor de uttrykkelig fremhever at i saker som berører barn skal barnets beste være det grunnleggende hensyn og at barnets tilknytning skal tillegges særlig vekt, men at innvandringsregulerende hensyn, etter omstendighetene, kan få avgjørende betydning⁶⁸. Dommer Matningsdal finner støtte for dette synet i dagens første plenumsavgjørelse. Han finner at det tilstrekkelig klart fremgår av vedtaket at barnets beste er vektlagt og forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. Det blir også presisert at domstolene ikke kan prøve den konkrete avveiningen som hører inn under forvaltningens frie skjønn⁶⁹.

Mindretallet, ved Bårdsen, fremmer det samme synet som han gjorde seg til talsmann for i dagens første plenumsavgjørelse. Også i denne saken anser Bårdsen at det foreligger brudd på barnekonvensjonen art. 3⁷⁰. Det er særlig det eldste barnets situasjon som Bårdsen fester seg

⁶⁵ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 39

⁶⁶ *ibid.* avsnitt 40

⁶⁷ *ibid.* avsnitt 48

⁶⁸ *ibid.* avsnitt 53

⁶⁹ *ibid.* avsnitt 54

⁷⁰ *ibid.* avsnitt 105

ved og mener at vedtaket til UNE var lite konkret og mindre informativt når det gjelder forholdene til dette barnet⁷¹. Hun har heller ikke på noe tidspunkt fått muligheten til å formidle sine erfaringer, tanker og følelser, noe som hun har rett til etter barnekonvensjonen art. 12. UNE sitt vedtak om ikke å ta til følge omgjøringsanmodningen bygger på at innvandringspolitiske hensyn gjør seg sterkt gjeldende i denne saken og da særlig at klagerne har oppholdt seg ulovlig i riket i nærmere 5 år⁷². Bårdsen bygger på sitt votum fra Rt. 2012 s. 1985 og fremhever også her at ulovlig opphold og manglende medvirkning til utreise kan vektlegges ved avveiningen etter barnekonvensjonen art. 3, men at den løsningen som best tjener lengværende barn med sterk tilknytning til riket vanskelig kan velges bort under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold, og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise. Bårdsen kommer etter dette til at det er uklart om nemda har bygget på en riktig avveiningsnorm, i det minste skaper begrunnelsen betydelig tvil knyttet til om hensynet til det eldste barnets beste er blitt behandlet som så grunnleggende som barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 krever og om dette har vært forsvarlig vurdert og avveid⁷³.

Sakens andre rettslige problemstilling tar for seg om utsendelsen av barnet krenker EMK art. 8, om retten til privatliv. Ettersom familien ble uttransportert samlet, er det ikke spørsmål om krenkelse av søkerens familieliv, men om respekten for deres privatliv er krenket ved at utsendelsen bryter opp søkerens tilvante liv og tilknytning til Norge ble brutt⁷⁴. Konvensjonens begrep ”privatliv” favner vidt og dommer Matningsdal legger til grunn forståelsen av EMK art. 8 i forhold til utvisning, slik den fremgår av storkammerdommen Üner mot Nederland⁷⁵. Om utvisning sier dommen fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen at artikkel 8 beskytter retten til å etablere og utvikle relasjoner til andre mennesker og samfunnet rundt og at totaliteten av sosiale bånd mellom ”settled migrants” og samfunnet de lever i utgjør en del av konseptet ”privatliv” etter denne bestemmelsen. Sett bort ifra øvrig familieliv anser derfor EMDs storkammer utvisning av ”settled migrants” som en forstyrrelse av vedkommende persons rett til respekt for ens ”privatliv”⁷⁶. Men som Matningsdal påpeker⁷⁷ var det ikke, før

⁷¹ *ibid.* avsnitt 108

⁷² *ibid.* avsnitt 110

⁷³ *ibid.* avsnitt 112

⁷⁴ *ibid.* avsnitt 69

⁷⁵ *ibid.* avsnitt 70, 71 og 72

⁷⁶ Üner v. Nederland, avsnitt 59

desember 2012, påvist noen avgjørelse fra EMD som konkluderer med at utsendelse av en immigrant uten lovlig opphold i landet har krenket respekten for vedkommendes ”privatliv”. Dette ble tema for saken, *Butt mot Norge*. Her kom EMD til at det ville utgjøre en krenkelse av EMK art. 8 om Norge returnerte to personer til Pakistan som var født der av pakistanske foreldre og som på domstidspunktet var 26 og 27 år gamle. EMD sin avgjørelse bygger på at også personer uten lovlig opphold i landet etter omstendighetene kan etablere et privatliv som er beskyttet av EMK art. 8⁷⁸. Et annet vesentlig punkt er imidlertid graden av beskyttelse. Matningsdal tolker EMDs praksis i retning av at det for beskyttelse etter artikkel 8 er av stor betydning om den aktuelle personen er en ”settled migrant”⁷⁹. I saken, *Butt mot Norge*, kommer EMD til at søskenparet ikke er å anse som ”settled migrants” på tross av nærmere sytten års sammenhengende ulovlig opphold⁸⁰. EMD konkluderer videre i avsnitt 79, med støtte i domstolens tidligere praksis, at en utsendelse fra riket bare ”in exceptional circumstances” ville krenke artikkel 8. EMD kom til at det i saken *Butt mot Norge* forelå silke ”exceptional circumstances” etter å ha lagt stor vekt på at på søskenparets usedvanlige lange opphold i Norge og at det var tvilsomt om generelle innvandringsregulerende hensyn berettiget et avslag.

Etter dette konkluderer dommer Matningsdal med at søkeren i denne saken ikke er å anse som ”settled migrant” og trolig ikke har etablert noe ”private life” som er underlagt beskyttelse av EMK art. 8⁸¹. Han finner videre at det heller ikke foreligger ”exceptional circumstances” da oppholdstiden har vært relativt kort og foreldrene hele tiden har vært klar over sin plikt til å returnere til Bosnia-Hercegovina, som de har misligholdt. Etter en interesseavveiingen finner Matningsdal at utsendelsen av familien til deres hjemland ikke krenket barnets rettigheter etter EMK art. 8⁸².

I likhet med flertallet tar også dommer Bårdsen, som representerer mindretallet, for seg spørsmålet om det foreligger krenkelse av EMK art. 8. Han legger samme forutsetning til

⁷⁷ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 73

⁷⁸ *ibid.* avsnitt 78

⁷⁹ *ibid.* avsnitt 80

⁸⁰ *Butt v. Norge*, avsnitt 76

⁸¹ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 85

⁸² *ibid.* avsnitt 87

grunn som førstvoterende dommer Matningsdal at ettersom familien er samlet påstås det ikke noe krenkelse av familielivet, men om det foreligger et vern av privatlivet som omfatter de personlige og sosiale bånd som familien, og da særlig det eldste barnet, har etablert i den tiden de har oppholdt seg i Norge⁸³. Også i likhet med førstvoterende finner Bårdsen at EMDs dom, Butt mot Norge, vil være relevant for vurderingen av om det foreligger en krenkelse. Men i motsetning til flertallet finner Bårdsen at også barn, i søkerens stilling, kan etablere personlige og sosiale bånd som omfattes av privatlivet i EMK art. 8. Han finner at barnet i saken må antas å ha en tilknytning av varighet, kvalitet og styrke som medfører at utsendelsen vil være et inngrep i hennes rett til privatliv etter EMK art. 8⁸⁴.

Sakens siste rettslige problemstilling behandler om det kan gis fastsettelsesdom for at utsendelsen av søkeren krenker barnekonvensjonen artikkel 3. Førstvoterendes syn er at det ikke kan utledes noe krav om fastsettelsesdom for brudd på denne bestemmelsen ut i fra Norges internasjonale forpliktelser og går over til å vurdere om slik dom kan kreves etter tvisteloven §1-3. Bestemmelsens første ledd forutsetter at det er tale om et ”rettskrav”, og andre ledd krever at det foreligger et ”reelt behov” for å få avgjort kravet. Etter en gjennomgang av forarbeidene⁸⁵ til bestemmelsen kommer Matningsdal til at både EMK og SP stiller krav om et effektivt nasjonalt rettsmiddel, men at det er opp til den enkelte konvensjonsstat å avgjøre hvilken myndighet og form dette rettsmidlet skal ha. Førstvoterendes syn er imidlertid at barnekonvensjonen står i en annen stilling enn de øvrige konvensjonene som er inkorporert i norsk rett, slik som EMK og SP. Dette begrunner han med at barnekonvensjonen ikke oppstiller noe krav om effektivt rettsmiddel⁸⁶ og at ettersom ”barnets beste” i barnekonvensjonens art. 3 vil være et sentralt men ikke nødvendigvis et avgjørende moment ved helhetsvurderingen har Matningsdal vanskelig for å se hvordan det da kan være tale om noe egentlig ”rettskrav”⁸⁷. Han konkluderer etter dette med at kravet om fastsettelsesdom må avvises.

⁸³ *ibid.* avsnitt 132

⁸⁴ *ibid.* avsnitt 135 og 136

⁸⁵ NOU 2001:32 Bind A Del II s. 156

⁸⁶ Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 96

⁸⁷ *ibid.* avsnitt 100

6 Avsluttende bemerkninger

Ved avgjørelsen av om lengeværende barn har rett til opphold på humanitært grunnlag ligger det til forvaltningen å fatte vedtak etter å ha tatt i betraktning om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller om barnet har en ”særlig tilknytning til riket”, jf. utl. §38. Det grunnleggende hensynet i denne vurderingen skal være barnets beste, et hensyn som har internasjonal forankring i barnekonvensjonens artikkel 3. Imidlertid kan motstridende hensyn, hovedsakelig hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, også illegges like stor eller større vekt⁸⁸. Det vil være omstendigheter i den enkelte sak som avgjør hvilket hensyn som skal veie tyngst og det avgjørende for vedtaket gyldighet er at forvaltningen foretar en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at disse vurderingene fremkommer tydelig av vedtaket⁸⁹.

Den siste rapporten fra UNE taler i retning av at forvaltningen til en viss grad har myket opp sin praksis for å oppnå en mer lojal gjennomføring av lovverket og lovgivers intensjoner⁹⁰. Dette skyldes primært signaler fra lovgiver gjennom stortingsmeldingen ”Barn på flukt”. Også de foreslåtte forskriftsendringene fra den nye regjeringen taler i retning av at barnets beste skal få en forsterket stilling i slike saker i fremtiden.

Plenumsdommene av desember 2012 omhandlet forståelsen av utl. § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3, herunder rammene for domstolsprøvingen og de konkrete vedtakenes begrunnelser. Dommene konkluderte med at det ligger innenfor prøvelsesretten å fullt ut prøve om forvaltningen har tolket loven riktig, om vedtaket bygger på riktig rettsfakta fra vedtakstidspunktet, om det foreligger myndighetsmisbruk og om hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Men som det ble slått fast i Rt. 2009 s. 1261 hører den konkrete vurderingen av barnets beste under forvaltningens fire skjønn⁹¹.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 160

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ UNE (2013) punkt 2

⁹¹ Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 77

”Det handler langt på vei om å finne en god balanse mellom statsmaktene i et moderne demokrati og mellom individ og samfunn. Uten stødige stifinnere er det lett å trå feil i saker som berører menneskerettighetene og andre viktige samfunnsinteresser.”⁹²

Sitatet er hentet fra Einarsen overnevnte artikkel og belyser godt hvorfor dette rettsområde er preget av sterke motstående hensyn. Asyl- og innvandringsfeltet er ikke alene om å stå overfor vanskelige problemstillinger, men måten vi behandler de mest sårbare i samfunnet sier mye om resten av oss. Norge er på mange områder et foregangsland når det kommer til behandling av fattige, ensomme og svakerestilte, men stopper vår gode behandling av medmennesker når vi treffer på noen som vi ikke øyeblikkelig kan identifisere som en av ”oss”? Hensikten med avhandlingen har vært å se på asylbarns rett til opphold på humanitært grunnlag og arbeidet peker i retning av at de aktuelle bestemmelsene er godt begrunnet og at forvaltningen og domstolene tilstreber etterlevelse av disse.

⁹² Einarsen (2013) s. 312

7 Litteraturliste

7.1 Lover

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York 20. november 1989

7.2 Forarbeider

Ot.prp.nr 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*

St.meld. nr. 27 (2011-2012) *Barn på flukt*

NOU 2001:32 *Rett på sak*

7.3 Nasjonale dommer

Rt. 2007 s. 1573

Rt. 2008 s. 681

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2009 s. 1374

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

7.4 Internasjonale dommer

Üner v. Nederland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. oktober 2006

Butt v. Norge The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. desember 2012

7.5 Vedtak og rapporter

FNs barnekomité. General comment no. 5 – General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/5) 27 November 2003. ([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3bba808e47bf25a8c1256db400308b9e/\\$FILE/G0345514.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3bba808e47bf25a8c1256db400308b9e/$FILE/G0345514.pdf))

FNs barnekomité. Komiteens femtittredje sesjon – Vurdering av rapportene som partene har lagt fram i henhold til konvensjonens artikkel 44 (CRC/C/NOR/CO/4) 29. januar 2010. (<http://www.regjeringen.no/pages/2354993/BK4-eksaminasjonen%20-%20Avsluttende%20merknader%208%204%2010.pdf>)

Utlendingsnemnda (UNE). Ett år etter ”barn på flukt” – Utlendingsnemndas rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen. 17. juni 2013 (<http://www.une.no/Documents/Tiltak%203%20st%20meld%20%20barn%20på%20flukt%20rapportering.pdf>)

7.6 Avisartikler

Blindheim, Anne Marte og Bergsaker, Tore, ”- I verste fall får bare ti barn i året bli” Fra: dagbladet.no 28. februar 2014

Grande, Trine Skei og Bekkevold, Geir, ”Barnets beste skal få større vekt” Fra: dagbladet.no 6. mars 2014

7.7 Juridiske artikler

Graver, Hans Petter. *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. (02-03/2006) s. 220 (Sitert fra idunn.no)

Einarsen, Terje. *Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?*. I Jussens venner vol. 48, s. 278-319

7.8 Juridisk litteratur

Lærebok i utlendingsrett. Redigert av Øyvind Dybvik Øyen. 1. utg. Oslo 2013

Einarsen, Terje. *Utlendingsloven med kommentar*. 1. utgave. 2008